



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA**

Yanguas y Miranda, 27 -1º
31003 PAMPLONA
Tfno. 848 42 29 73
Fax 848 42 29 78
E-mail: tribunal.contratos@navarra.es

Expte.: R-14/2017

ACUERDO 26/2017, de 1 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima parcialmente la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por doña A.J.D., en nombre y representación de “Distrivisual, S.L.”, frente a la Resolución 64/2017, de 10 de marzo, de la Directora General del Presupuesto, por la que se selecciona a las empresas que forman parte del *“Acuerdo Marco para la contratación de los servicios de limpieza de las diferentes oficinas del Departamento de Hacienda y Política Financiera y del Organismo Autónomo Hacienda Tributaria de Navarra durante el año 2017”*.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 9 de agosto de 2016 se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del *“Acuerdo Marco para la contratación de los servicios de limpieza de las diferentes oficinas del Departamento de Hacienda y Política Financiera y del Organismo Autónomo Hacienda Tributaria de Navarra durante el año 2017”*.

SEGUNDO.- Con fecha 14 de marzo de 2017 se notificó a la empresa “Distrivisual, S.L.” y al resto de empresas participantes en el procedimiento de selección la Resolución 64/2017, de 10 de marzo, de la Directora General del Presupuesto, por la que se selecciona a las empresas que forman parte del *“Acuerdo Marco para la contratación de los servicios de limpieza de las diferentes oficinas del Departamento de Hacienda y Política Financiera y del Organismo Autónomo Hacienda Tributaria de Navarra durante el año 2017”*.

TERCERO.- El día 24 de marzo de 2017 doña A.J.D., en nombre y representación de “Distrivisual, S.L.”, presenta, por el cauce telemático legalmente establecido, reclamación en materia de contratación pública frente a la Resolución 64/2017, de 10 de marzo, de la Directora General del Presupuesto, por la que se selecciona a las empresas que

forman parte del Acuerdo Marco para la contratación de los servicios de limpieza de las diferentes oficinas del Departamento de Hacienda y Política Financiera y del Organismo Autónomo Hacienda Tributaria de Navarra durante el año 2017.

En su reclamación la interesada señala que la Resolución impugnada ha sido dictada con infracción en la aplicación de los criterios de adjudicación fijados en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), al mismo tiempo que considera que dichos criterios son contrarios, tal y como constan en el Pliego, al ordenamiento jurídico.

En primer lugar, la reclamante señala que la reclamación se dirige “*contra la valoración realizada por la Mesa de Contratación y que se recoge en la resolución de selección de Empresas designadas como parte en el Acuerdo Marco respecto a determinados extremos de la valoración para selección de licitadores y su concreta aplicación ponderable de forma automática; concurriendo el supuesto previsto en el artículo 210.3c) de la LFCP*” y ello porque la valoración efectuada supera las puntuaciones máximas establecidas.

Así, la Cláusula 14 del Pliego, que contiene los criterios de adjudicación, en su apartado primero recoge el primero de ellos, “*Aspectos organizativos y relaciones con el centro: 15 puntos.*”

Sin embargo, en la Resolución impugnada, en el cuadro resumen de puntuaciones asignadas a los licitadores presentados, por este criterio se han asignado a dos de las empresas participantes, 16 y 17 puntos respectivamente, un punto y dos puntos por encima de la puntuación máxima establecida para este criterio.

Entiende por ello la reclamante que “*la valoración se desprende por sí misma, aleatoria y por encima de lo dispuesto en el pliego para las empresas Clece y Lacera, al haberse aplicado un criterio de valoración indeterminado y en forma no prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares*”.

En segundo lugar, alega la reclamante que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares incurre en una clara contradicción ya que el apartado 5 de la Cláusula 14, que regula el criterio de selección *“Aportación de aquellos elementos que mejoren la limpieza del local y sus elementos. Hasta 8 Puntos.”*, sin embargo indica dentro del contenido del mismo que la valoración será de hasta 10 puntos.

Entiende “Distrivisual, S.L.” que estamos ante una clara contradicción que impide a su vez comprender cuales son realmente los puntos de este apartado, y además deja de forma muy indeterminada la valoración de los mismos, tal y como se desprende de su tenor literal.

Así dicho apartado señala: *“Entre otros, se valorarán los siguientes: Alfombras en la entrada de las oficinas, paragüeros, tamices urinarios, escobillas para el baño, columnas de olores, ambientadores. Se valorará con 1 punto cada uno de los elementos que la Administración considere que guardan relación con el objeto del contrato, hasta un máximo de 10 puntos....”*

Conforme a la valoración realizada, se observa que la empresa Lacera, señala la reclamante, recibe una puntuación por encima del tope fijado de 8 puntos.

Por todo ello, considera la reclamante que las *“cláusulas del Pliego incurren en vicio de nulidad de pleno derecho por colisionar con los principios rectores de la contratación pública, motivada por la arbitrariedad que tiene su origen en la insuficiente concreción en los pliegos de los criterios a aplicar y en la no fijación de reglas de ponderación.”*, concluyendo que debe anularse el criterio número 5 de selección, *“a fin de redactarse de forma clara y transparente, que permita conocer la puntuación (8 ó 10 puntos), así como, los criterios exactos para su determinación.”*

Por todo lo expuesto, la empresa “Distrivisual, S.L.” solicita a este Tribunal que dicte resolución en la que se resuelva anular el acto administrativo recurrido con

retroacción de las actuaciones al momento de aprobación del PCAP a fin de que se concreten los criterios de valoración y que la futura valoración que se efectúe respete la puntuación máxima en cada caso.

CUARTO.- El día 4 de abril de 2017, la entidad reclamada aporta el expediente de contratación, junto con el correspondiente escrito de alegaciones oponiéndose a la reclamación presentada.

En relación con el primer motivo de impugnación (que la puntuación otorgada en aplicación del criterio “*aspectos organizativos y relación con el centro*” ha resultado aleatoria y por encima de lo dispuesto en el Pliego para las empresas CLECE y LACERA, al haberse aplicado un criterio de valoración indeterminado y en forma no prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares), la entidad reclamada admite el error que se ha producido, al ser cierto que las referidas empresas han obtenido en este criterio una puntuación superior a la máxima prevista en el Pliego, asumiendo el deber de corregirlo.

Pero se opone al resto del motivo de la reclamación, ya que considera que “*en ningún caso puede entenderse que la puntuación haya resultado aleatoria y/o que el criterio de valoración sea indeterminado, y en consecuencia, no puede compartirse tampoco que este momento procedimental sea adecuado para discutir la redacción del pliego.*”

Respecto a la segunda alegación sobre el Criterio de selección contenido en el apartado 5 de la Cláusula 14 “Elementos que mejoren la limpieza del local y sus elementos”, la entidad reclamada reconoce la existencia de una contradicción entre el contenido del encabezamiento, en el que se establece una puntuación máxima de 8 puntos y el desarrollo de dicho criterio, en el que se dice “hasta un máximo de 10 puntos”.

No obstante, señala en sus escrito de alegaciones que *“de la lectura del conjunto del pliego resulta evidente cuál de las dos cifras es la correcta, basta con sumar: de la adición de todas las puntuaciones de los criterios de adjudicación más 8, resulta 100. De la adición de todas las puntuaciones de los criterios de adjudicación más 10, resulta 102. Y es proceder general y conocido por todos los licitadores habituales (como lo es el reclamante) que la puntuación se otorga sobre 100 puntos (o sobre 1000 en algunos casos excepcionales). Esta es la operación matemática que hubiera realizado la unidad gestora, aclarando la cuestión en el mismo anuncio de contratación, en caso de que ella misma o alguno de los interesados hubiera reparado en el error y solicitado su aclaración o incluso interpuesto reclamación al respecto. Ninguna de estas actuaciones tuvo lugar: la unidad gestora no ha reparado en el error, los interesados no manifestaron duda alguna en relación con el contenido del pliego y ninguno de ellos impugnó su contenido. Debemos descartar la posibilidad de que este error constituya nulidad de pleno Derecho y para ello es preciso recordar que el propio Código Civil acoge tanto la interpretación literal como teleológica: si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas, de acuerdo con el artículo 1.281 del Código Civil, sin olvidar la interpretación lógica de las cláusulas del contrato. (ej. Acuerdo 21/2016 TACPN)”*

No obstante, la propia entidad reconoce que se ha producido una circunstancia que pudiera debilitar aparentemente la posición mantenida por la misma, ya que uno de los licitadores obtuvo 9 puntos a través de este criterio de adjudicación lo que podría hacer pensar que en caso de ser evidente que la máxima puntuación era 8 puntos, nadie hubiera obtenido 9, sin embargo, señala la entidad que *“para poder juzgar la intención de los contratantes, es preciso tener en cuenta sus actos coetáneos y posteriores al contrato (artículo 1.282 C.C.) y en cuanto a los actos coetáneos basta echar la vista atrás hasta el apartado 1 del presente informe en el que se observa un error (por exceso, tal como sucede en el presente caso) en la puntuación otorgada a dos licitadores, con la particularidad de que dicho error no trae causa de ninguna contradicción del pliego sino de la naturaleza falible de quienes intervinieron en el procedimiento de contratación y de la complejidad propia de las ofertas de un contrato*

de este tipo. Queda por lo tanto disipada cualquier duda: es un error que debe ser subsanado.”

Concluye la entidad que *“existe un error en el pliego que no puede entenderse causa de nulidad de pleno Derecho sino fácilmente subsanable en aplicación lógica del conjunto de cláusulas del mismo por lo que en este momento no procede su impugnación. Sin embargo, existe un error en la valoración, que debe ser corregido.”*

Para finalizar, la entidad reclamada introduce en su escrito de alegaciones un cuadro resumen de cuál sería la puntuación una vez corregidos los errores advertidos y reconocidos por la misma, corrección de puntuación que lleva a cabo la operación de limitar la puntuación establecida, al máximo previsto.

De dicho cuadro resultaría que las empresas seleccionadas serían las mismas, aunque quede alterado el orden de prelación, cuestión que *“en nada afecta al resultado del procedimiento puesto que se trata de un Acuerdo Marco del que el único derecho que se deriva para los seleccionados, es la posibilidad de participar posteriormente en las licitaciones de los contratos derivados.”* (Acuerdo 56/2015 TACPNA)

Por lo expuesto, solicita el Departamento de Hacienda y Política Financiera que se tengan por efectuadas las alegaciones, estimando parcialmente la reclamación presentada por “Distrivisual, S.L.” en cuanto a la necesidad de corregir las puntuaciones obtenidas por los licitadores para adecuarlas al máximo previsto por el pliego de cláusulas administrativas particulares, desestimando el resto de motivos de impugnación por los argumentos expuestos.

QUINTO.- El día 7 de abril de 2017, se procedió a dar trámite de audiencia al resto de interesados en el procedimiento.

Dentro del plazo concedido al efecto, el día 11 de abril del 2017, la empresa “Lacera Servicios y Mantenimiento, S.A.” presenta escrito de alegaciones.

En el mismo, se opone a la reclamación presentada por “Distrivisual, S.L.”, en primer lugar, por la aparente “*inconcreción del objeto del recurso y la incongruencia de sus pretensiones*”, ya que entiende que aunque el encabezamiento de la reclamación se dirige frente a la Resolución 64/2017 de 10 de marzo, de la Directora General del Presupuesto, en la reclamación unas veces parece atacar el Pliego que rige la licitación y en cambio, en otras ocasiones, su oposición parece dirigirse a la valoración técnica efectuada.

Por ello, entiende la empresa alegante que si la reclamación se dirige contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares la reclamación debe ser inadmitida al no ser el momento procesal adecuado ya que el plazo para su impugnación ya expiró.

Y si se pretende invocar que la infracción alegada se produce en el informe de valoración, no resultaría congruente su petición de anular todo el procedimiento y retrotraerlo al momento de elaboración de pliegos, sino en todo caso, a un momento compatible con dicha valoración.

En segundo lugar, el interesado alega que si bien existen errores de carácter aritmético en la atribución de las puntuaciones, de la cual se deriva la necesaria corrección de los mismos, mantiene la ausencia de efectos significativos en el resultado de la licitación.

Señala que lo sucedido en el apartado 1 de la Cláusula 14 del Pliego, no es más que un simple error aritmético a la hora de asignar las puntuaciones que debe ser subsanado por el órgano de contratación aplicando a las dos ofertas afectadas la puntuación máxima de 15 puntos, procediendo a corregir la Resolución objeto de reclamación.

Y respecto al apartado 5 de la Cláusula 14, admitiendo que si bien además del error en la asignación de los puntos, existe una contradicción interna del criterio,

entiende la empresa Lacera que *“acudiendo al criterio sistemático de interpretación y teniendo en cuenta la suma total de puntos de los criterios de selección del apartado 14 está claro que la intención del órgano de contratación era valorar este apartado con 8 puntos, pues en otro caso, la suma total sería 102, algo poco ortodoxo e infrecuente.”*

Por todo ello, señala la alegante que *“las correcciones de errores subsanables pueden realizarse en cualquier momento por la Administración, y en todo caso, no tiene efectos significativos en el sentido de la resolución, dado que las cuatro ofertas mejor puntuadas continuarían siendo las mismas, con la única salvedad de que Lacera pasaría a tener 80 puntos, y de ser la tercera clasificada a ser la cuarta.”*

En base a lo expuesto, solicita de este Tribunal que desestime la reclamación de “Distrivisual, S.L.” en lo referente a la nulidad radical de los pliegos, de sus criterios de selección y del procedimiento licitatorio y acuerde la subsanación de los errores de puntuación cometidos en la resolución 64/2017, de 10 de marzo, de la Directora General del Presupuesto; o bien la retroacción del expediente al momento inmediatamente anterior a la emisión de la resolución de selección de las cuatro empresas parte del Acuerdo Marco, para que el órgano de contratación las puntúe adecuadamente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 2.1.b) de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante, LFCP), las decisiones que adopte la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos están sometidas a las disposiciones de la citada Ley Foral y, de acuerdo con el artículo 210.1 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador participante en el procedimiento de adjudicación, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 210.1 de la LFCP de estar interesado en la

licitación y adjudicación del contrato y basa su reclamación en motivos contemplados por el artículo 210.3 de la LFCP.

TERCERO.- La interposición de la reclamación se ha producido dentro del plazo legal previsto en el artículo 210.2.b de la LFCP.

CUARTO.- En este expediente, la cláusula 14ª del PCAP recoge los criterios de selección de las empresas, incluyendo en el apartado 1 el siguiente:

“1- Aspectos organizativos y relaciones con el centro: 15 puntos.

En concreto se valorará los siguientes aspectos:

- *Presentación de un plan de gestión y seguimiento de la contrata por parte de la empresa: 5 puntos.*
Se valorará los modos de control de la realización del servicio por parte de la empresa: entre otros aspectos, la realización de inspecciones programadas y no programadas, sistema de resolución de quejas, reuniones periódicas con la Administración.
- *Designación (nombre y apellidos) de un interlocutor directo (encargado o representante de la empresa) localizable 24 h mediante teléfono móvil para la resolución de cualquier cuestión o incidencia que se produzca en la prestación ordinaria del servicio, e identificación de un supervisor de la ejecución del servicio. En caso de ser la misma persona se especificará.: 5 puntos.*
- *Servicios extraordinarios: 5 puntos.*
 - *Descripción de los recursos concretos propios, tanto medios humanos como materiales, que dispone el licitador y que le permiten ofrecer un mejor servicio para atender refuerzos (por necesidades excepcionales en los centros) o para atender imprevistos/urgencias (fugas de agua, inundaciones, caídas de techos, incendios...).*
 - *Descripción de la organización y disposición concreta de esos medios, teniendo en cuenta los diferentes locales y su ubicación, y tiempos de respuesta máximos comprometidos, especificando si se pondrán a disposición*

de la Administración sin coste, o en caso de conllevar un coste adicional, a cuanto ascendería el mismo.”

Es cuestión no controvertida que, en aplicación de este criterio, tanto en el informe de valoración de las ofertas técnicas, de fecha 7 de febrero de 2017, que la Mesa de Contratación hizo suyo según consta en acta de 15 de febrero de 2017, como en la Resolución impugnada, se concedieron más de 15 puntos a dos de las empresas participantes en la licitación, incumpliendo con ello lo previsto en el PCAP pues este establece un máximo de 15 puntos en este apartado.

Al respecto debemos recordar, como hemos hecho en multitud de ocasiones, (por todos nuestro reciente Acuerdo 17/2017, de 5 de mayo) que el PCAP vincula tanto a la Administración como a los licitadores participantes en el procedimiento de selección (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1999, “*Es doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala (Sentencias de 10 de marzo de 1982, 23 de enero de 1985, 18 de noviembre de 1987, 6 de febrero de 1988 y 20 de julio de 1988, entre otras) que el Pliego de Condiciones es la Ley del Contrato, por lo que ha de estarse siempre a lo que se consigne en él respecto del cumplimiento del mismo ...*”).

De esta consideración de los pliegos como ley del contrato deriva su carácter vinculante, tanto para la entidad contratante que los ha aprobado como para los licitadores que concurren a la licitación, aceptando su contenido, y la imposibilidad de apartarse de ellos o proceder a su modificación, si no es a través de alguno de los cauces que el ordenamiento jurídico articula para ello: rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos, revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho y declaración de lesividad y posterior anulación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de los actos anulables. Esto también significa que de no haber sido los pliegos impugnados en tiempo y forma y anulada alguna de sus cláusulas, deben ser aplicadas todas ellas en su integridad, sin perjuicio de la facultad que cabe a este Tribunal de dejar sin efecto las que sean nulas de pleno derecho (último inciso del artículo 213.2 LFCP).

Por ello, la infracción señalada debe suponer la estimación de la reclamación en este punto.

QUINTO.- No obstante lo dicho, no comparte este Tribunal la afirmación que hace la reclamante respecto a que en aplicación del citado criterio se haya realizado una valoración “*aleatoria*” y “*en forma no prevista*”.

En cuanto a la valoración realizada, consta en el expediente el informe de valoración de las ofertas técnicas, que la Mesa de Contratación aprueba posteriormente, en el que a lo largo de 36 páginas se explican pormenorizadamente el análisis realizado a cada oferta y las puntuaciones otorgadas y esta motivación se incorpora de forma más sucinta en la propia Resolución de selección ahora impugnada, donde se hace referencia al citado informe de valoración técnica (motivación “*in aliunde*”).

A ello se debe añadir que, como hemos advertido en diversos acuerdos (por todos el Acuerdo 8/2014, de 10 de marzo), la Mesa de Contratación, como órgano colegiado ajeno a intereses particulares, debe garantizar el correcto desarrollo del procedimiento de licitación teniendo como objetivo que la propuesta de adjudicación que realice al órgano de contratación sea la más beneficiosa para el interés público al que responde el contrato y, para ello, las mesas de contratación actúan con objetividad e independencia del órgano que las ha nombrado y valoran las diferentes ofertas de acuerdo con lo establecido en los correspondientes Pliegos, concretando dichas valoraciones en aplicación de la discrecionalidad técnica de la que gozan.

Con respecto a esta discrecionalidad técnica, también hemos manifestado que jurisprudencia reiterada significa que la aplicación de los criterios de adjudicación, conforme a las reglas de la ciencia o la técnica, no es susceptible de impugnación salvo en los casos de error patente o irracionalidad en su aplicación. En definitiva, no se puede sustituir la necesaria discrecionalidad técnica de las entidades adjudicadoras de contratos públicos por la discrecionalidad del órgano administrativo o judicial encargado de velar por la legalidad de la contratación, y menos aún podrá aquélla sustituirse por un informe elaborado a instancia de una de las partes concurrentes en el procedimiento de licitación.

Sobre esta discrecionalidad también hemos dicho en varios Acuerdos (entre otros, 5/2013, de 16 de mayo, 6 /2013, de 16 de mayo, 34/2013, de 16 de octubre y 4/2014, de 17 de febrero) que la discrecionalidad administrativa no es un ámbito exento o excluido del orden jurídico, sino que se enmarca en éste. Y es que, como señala el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 5 de mayo de 1994: *“lo discrecional no es lo mismo que lo caprichoso, y el margen de libertad que la discrecionalidad otorga a la Administración lo sigue teniendo aunque se le imponga la obligación de expresar los motivos de su actuación, deber lógico para que pueda distinguirse entre lo discrecional lícito y lo arbitrario injusto; en la discrecionalidad los motivos lícitos no son controlables, pero han de ser conocidos, justamente para que pueda examinarse si la decisión es fruto de la discrecionalidad razonable o del capricho o humor de los funcionarios; en último extremo, con discrecionalidad o sin ella, la Administración no puede perseguir con su actuación otra cosa que el mejor servicio a los intereses generales -artículo 103.1 de la Constitución Española, y, por lo tanto, debe dejar constancia de las razones que avalan esa finalidad y descartan cualquier otra ilícita”*.

El mismo Tribunal Supremo explica en la Sentencia de 9 de julio de 2010 lo siguiente: *“con carácter general, la motivación de los actos administrativos precisa, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia de este Tribunal Supremo, cuya reiteración excusa cita, de una explicación suficiente sobre las razones de la decisión adoptada (...), poniendo de manifiesto los motivos, concretos y precisos aunque no exhaustivos, de la resolución administrativa adoptada. Este conocimiento constituye la premisa esencial para que el receptor del acto administrativo pueda impugnar el mismo ante los órganos jurisdiccionales, y estos, a su vez, puedan cumplir la función que constitucionalmente tienen encomendada de control de la actividad administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que la justifican, ex artículo 106.1 CE”*. Es decir, la motivación exigible en las resoluciones administrativas es aquella que permite conocer, por los propios interesados y por los órganos administrativos o judiciales que hayan de realizar su control de legalidad, las razones que han conducido a su adopción.

Finalmente, el Tribunal Supremo, en su reciente Sentencia de 10 de mayo de 2017, determina lo siguiente:

“Pues bien, la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados. Por lo demás, la jurisprudencia insiste en que la discrecionalidad, incluida la discrecionalidad técnica, no equivale a arbitrariedad y en que pueden ser perfectamente cuestionadas las decisiones que la invoquen como todas las que supongan el ejercicio de cualquier potestad discrecional. En el control judicial de esa discrecionalidad, son revisables los hechos determinantes de la decisión administrativa además de que su ejercicio deba respetar los principios generales del Derecho, entre ellos el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”

En el caso que nos ocupa, dejando a un lado el error detectado en la asignación de los puntos máximos, este Tribunal no aprecia error patente o irracionalidad en la aplicación del criterio de valoración y se verifica la existencia de una explicación técnica suficiente sobre las razones de la decisión adoptada, que en ningún caso puede ser considerada arbitraria.

SEXTO.- Tampoco puede prosperar el motivo de impugnación esgrimido por la reclamante cuando afirma que el criterio de adjudicación recogido en el apartado 1 de la cláusula 14ª del PCAP adolece de indeterminación y ello, en primer lugar, porque siendo el Pliego la “Ley del contrato”, vincula tanto a la entidad contratante como a los licitadores que concurren a la licitación, aceptando su contenido. El propio PCAP que rige la licitación que nos ocupa establece en su cláusula 13ª que *“la presentación de proposiciones presume por parte del licitador la aceptación incondicional de las cláusulas de este Pliego...”*.

Por ello, únicamente en el caso de que una cláusula sea nula de pleno Derecho, (cosa que no ocurre en este caso, como luego veremos) podrá ser impugnada una vez finalizado el momento procedimental normativamente establecido para ello, que no es otro que el plazo de impugnación de los pliegos que establece el artículo 210.2 LFCP, y en este caso la reclamante no lo hizo.

Al respecto también hemos señalado en varios acuerdos (por todos, el Acuerdo 2/2017) que el Tribunal Supremo expresa, entre otras, en sus Sentencias de 13 de febrero de 2007, con cita de las de 16 de febrero de 1998 y de 9 de julio de 1999, que la doctrina de los actos propios *"proclama el principio general de derecho sobre la inadmisibilidad de venir contra sus propios actos y constituye un límite al ejercicio del derecho subjetivo o de una facultad, siempre que concurran los requisitos o presupuestos que la doctrina exige, actos propios inequívocos que definan una determinada conducta y cuando entre la conducta anterior y la pretensión actual exista incompatibilidad o contradicción"*. Tal doctrina, íntimamente ligada al principio de la buena fe (Sentencia de 14 de noviembre de 2000), *"es predicable respecto de aquellos actos que se realizan con el fin de crear, modificar o extinguir algún otro derecho, definiendo una situación jurídica y con eficacia en sí mismos para producir igualmente un efecto jurídico"* (Sentencias de 2 de octubre de 2000 y de 11 de diciembre de 2001) y significa *"la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno"*.

Así mismo, ha señalado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 de mayo de 2005 que *"es la finalidad del acto, su eficacia y validez jurídica las que determinan la vinculación de su autor a las consecuencias derivadas del mismo y generan la confianza ajena, pues, como señala la sentencia de 1 de febrero de 1999 tanto la doctrina del Tribunal Constitucional como la jurisprudencia de este Alto Tribunal considera que el principio de buena fe protege la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el*

comportamiento propio. Lo que es tanto como decir que dicho principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos, constituyendo un supuesto de lesión de la confianza legítima de las partes venire contra factum proprium".

En cuanto a la denunciada indeterminación del criterio, observamos que en el PCAP este se establece con una amplia descripción de los criterios y subcriterios a utilizar, ponderando adecuadamente cada uno de ellos.

Respecto a los criterios de adjudicación el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón afirma, en su Acuerdo 64/2013, que su finalidad “*determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora. La función de los criterios de adjudicación es, por tanto, evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo cual supone -dato de especial relevancia- que deben tener relación directa con el objeto del contrato (sin que deban ser en todo caso reconducibles a criterios matemáticos, como recordara la STJUE de 17 de diciembre de 2002, Asunto Concordia Bus Finland y la STJUE de 24 de noviembre de 2005, Asunto ti. EAC srl.). Obviamente, los criterios que se fijen deben ser concordantes con la finalidad que se persigue con el contrato, sin que puedan incurrir en discriminación, respetando claro, los principios comunitarios. Y deberán, además, ser adecuados a las capacidades técnicas del poder adjudicador, pues la ausencia de ésta convierte al criterio en ilegal, como advierte la STJCE de 4 de diciembre de 2003 (EVN y Wienstrom), lo que se justifica en el efectivo respeto al principio básico de igualdad de trato de todos los licitadores”.*

Pues bien, en este caso el criterio es claro y transparente, está directamente relacionado con el objeto del contrato y cumple con las exigencias recogidas en el artículo 21 de la LFCP cuando establece que las entidades adjudicadoras de contratos públicos otorgarán a los contratistas un tratamiento igualitario y no discriminatorio y

actuarán con transparencia, interpretando las normas atendiendo a tales objetivos y respetando la doctrina dictada a tal fin por la jurisprudencia comunitaria.

Esta Jurisprudencia comunitaria exige, en aras del principio de igualdad de trato de los operadores económicos y de la obligación de transparencia que se desprende de éste (por todas la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de enero de 2008) “*que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos*” y del tenor literal del PCAP no puede extraerse otra conclusión que no sea la de que el tan citado criterio cumple con estas exigencias.

SÉPTIMO.- Como último motivo de impugnación aduce la reclamante que el PCAP adolece de una clara contradicción ya que el apartado 5 de la cláusula 14, que regula el criterio de selección “*Aportación de aquellos elementos que mejoren la limpieza del local y sus elementos. Hasta 8 Puntos.*”, indica más adelante que la valoración será de hasta 10 puntos.

Por ello, entiende “Distrivisual, S.L.” que estamos ante una clara contradicción que impide a su vez comprender cuales son realmente los puntos de este apartado, y además deja de forma muy indeterminada la valoración de los mismos, tal y como se desprende de su tenor literal por lo que las “*cláusulas del Pliego incurren en vicio de nulidad de pleno derecho por colisionar con los principios rectores de la contratación pública, motivada por la arbitrariedad que tiene su origen en la insuficiente concreción en los pliegos de los criterios a aplicar y en la no fijación de reglas de ponderación.*”, concluyendo que debe anularse el criterio número 5 de selección, “*a fin de redactarse de forma clara y transparente, que permita conocer la puntuación (8 ó 10 puntos), así como, los criterios exactos para su determinación.*”

También indica la reclamante que una de las licitadoras ha obtenido una puntuación por encima del tope fijado de 8 puntos.

Por su parte, la entidad reclamada reconoce la existencia de una contradicción entre el contenido del encabezamiento, en el que se establece una puntuación máxima de 8 puntos y el desarrollo de dicho criterio, en el que se dice “*hasta un máximo de 10 puntos*” y se opone a la reclamación con los argumentos que se recogen en los antecedentes.

El apartado 5 de la cláusula 14ª del PCAP establece el siguiente criterio de selección de las empresas:

“5- Aportación de aquellos elementos que mejoren la limpieza del local y sus elementos. Hasta 8 puntos.

Entre otros, se valorarán los siguientes: Alfombras en la entrada de las oficinas, paragüeros, tamices urinarios, escobillas para el baño, columnas de olores, ambientadores.

Se valorará con 1 punto cada uno de los elementos que la Administración considere que guardan relación con el objeto del contrato, hasta un máximo de 10 puntos.”

Es claro que la cláusula contiene un error, dada la diferencia entre la puntuación establecida en el encabezamiento (8 puntos) y la que después se recoge en el desarrollo del criterio (10 puntos). También se comprueba que una de las licitadoras ha obtenido en este apartado 9 puntos y otras tres, 8 puntos.

Examinado el expediente se comprueba que en el informe técnico de valoración se recogen los elementos de mejora de la limpieza del local ofertados por cada empresa licitadora, la explicación de porqué son aceptados o no y la puntuación otorgada por cada uno de ellos, así como la puntuación final. Esta es la puntuación que luego se recoge también en la Resolución impugnada. En esta valoración no se aprecia error patente o irracionalidad en la aplicación del criterio de valoración y se advierte la existencia de una explicación técnica suficiente sobre las razones de la decisión adoptada, que en ningún caso puede ser considerada arbitraria.

En consecuencia, salvo la duda sobre un posible error en la puntuación máxima a otorgar en la aplicación del criterio, ningún otro reproche se puede hacer a la actuación de la entidad adjudicadora en este punto.

OCTAVO.- Para aplicación de los criterios de adjudicación o de selección de empresas, la Unidad Gestora del contrato o la Mesa de Contratación, en su caso, debe llevar a cabo una labor previa de interpretación de los mismos (artículo 61.1.d) e i) de la LFCP), interpretación en la que, conforme a doctrina constante (por todas la Resolución n° 281/2015, de 15 de abril de 2016, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales -TACRC), es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil dado que *“los contratos públicos son ante todo, contratos, por lo que las dudas que ofrezca la interpretación de los diversos documentos contractuales (entre los que figuran, indudablemente, los pliegos) deberán resolverse de acuerdo con las previsiones establecidas en la normativa en materia de contratación pública y, en caso de que esto no fuera posible, de acuerdo con el Código Civil, que se ocupa de esta materia en el capítulo IV del Título II del Libro IV, “De la interpretación de los contratos” (Resolución 70/2016 del TACRC).*

A estos efectos, el artículo 1.281 del Código Civil establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estarse al sentido literal de sus cláusulas (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo 2001, 8 de junio de 1984 o 13 de mayo de 1982), y si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas. Pero también se deberá tener en cuenta que el artículo 1.284 del mismo Código Civil dispone que si alguna cláusula de los contratos admitiere diverso sentido, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto y que las cláusulas deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (artículo 1.285 de la misma norma). Como dice el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de octubre de 2014, *“...la propia interpretación del contrato debe hacerse en los términos regulados en el artículo 1.281 del Código Civil, debiendo prevalecer la voluntad de las partes contratantes frente a los términos*

literales del contrato. Y es evidente que para valorar cual es la intención de las partes, se debe hacer una interpretación global, lógica y sistemática de todo el clausulado del contrato y no de una cláusula aisladamente”.

Finalmente, conforme al artículo 1.288 del Código Civil, *“la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”.*

Del análisis del informe de valoración técnica mencionado anteriormente se desprende que la persona que lo evacuó analizó todas las ofertas de elementos de mejora de la limpieza, otorgando el punto correspondiente a cada uno de los elementos admitidos con independencia de que se superara el límite de 8. Prueba de ello es que la única empresa que ofertó 9 elementos admisibles (ofertó otros 9 elementos no admitidos) obtuvo 9 puntos y otras tres empresas obtuvieron 8 puntos por los 8 elementos admisibles que ofertaron. Esta valoración fue avalada por la Mesa de Contratación y, posteriormente, acogida en la Resolución impugnada.

A estos efectos, es importante reiterar que en la aceptación o no de los elementos ofertados no se aprecia error patente o irracionalidad y se advierte la existencia de una explicación técnica suficiente sobre las razones de la decisión adoptada, que en ningún caso puede ser considerada arbitraria.

Por otro lado, todos los licitadores comprendieron el sentido de la cláusula y varios de ellos ofertaron más de 8 elementos, aunque alguno de estos no fuera finalmente admitido. En esta tabla se resumen las ofertas y sus valoraciones:

<u>EMPRESA</u>	<u>ELEMENTOS ADMITIDOS</u>	<u>ELEMENTOS NO ADMITIDOS</u>	<u>PUNTOS</u>
LICITADOR 1	8	0	8
LICITADOR 2	6	0	6

LICITADOR 3	9	9	9
LICITADOR 4	7	2	7
LICITADOR 5	7	3	7
LICITADOR 6	8	4	8
LICITADOR 7	3	0	3
LICITADOR 8	8	0	8

Además, ninguno de los licitadores hizo uso de la facultad que le reconoce el artículo 27 de la LFCP de solicitar por escrito a la entidad adjudicadora aclaraciones sobre la cláusula en cuestión, ni ninguno de ellos impugnó en su debido momento el PCAP, por lo que todos ellos quedaron vinculados a sus disposiciones, como hemos señalado en el fundamento sexto.

Por ello, no puede prosperar una impugnación del criterio de selección en este momento ya que el error contenido en la cláusula no puede dar lugar a una nulidad de pleno derecho del criterio si este error puede ser subsanado con una adecuada interpretación del mismo, conforme a los criterios interpretativos antes manifestados.

Otra cosa sucede con la aplicación del criterio, tras la previa interpretación del mismo, por parte de la entidad adjudicadora.

Como ya hemos señalado, para aplicación de los criterios de selección de empresas la entidad adjudicadora debe llevar a cabo una labor previa de interpretación de los mismos, interpretación en la que, es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil.

En el caso que nos ocupa, la propia entidad justifica su interpretación del criterio cuando dice: *“de la lectura del conjunto del pliego resulta evidente cuál de las dos cifras es la correcta, basta con sumar: de la adición de todas las puntuaciones de los criterios de adjudicación más 8, resulta 100. De la adición de todas las puntuaciones de los criterios de adjudicación más 10, resulta 102. Y es proceder general y conocido*

por todos los licitadores habituales (como lo es el reclamante) que la puntuación se otorga sobre 100 puntos (o sobre 1000 en algunos casos excepcionales). Esta es la operación matemática que hubiera realizado la unidad gestora, aclarando la cuestión en el mismo anuncio de contratación, en caso de que ella misma o alguno de los interesados hubiera reparado en el error y solicitado su aclaración o incluso interpuesto reclamación al respecto. Ninguna de estas actuaciones tuvo lugar: la unidad gestora no ha reparado en el error, los interesados no manifestaron duda alguna en relación con el contenido del pliego y ninguno de ellos impugnó su contenido. Debemos descartar la posibilidad de que este error constituya nulidad de pleno Derecho y para ello es preciso recordar que el propio Código Civil acoge tanto la interpretación literal como teleológica: si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas, de acuerdo con el artículo 1.281 del Código Civil, sin olvidar la interpretación lógica de las cláusulas del contrato. (ej. Acuerdo 21/2016 TACPN)”.

Tras ello, la propia entidad reconoce el error cometido, asumiendo que debe ser corregido y añadiendo que *“para poder juzgar la intención de los contratantes, es preciso tener en cuenta sus actos coetáneos y posteriores al contrato (artículo 1.282 C.C.) y en cuanto a los actos coetáneos basta echar la vista atrás hasta el apartado 1 del presente informe en el que se observa un error (por exceso, tal como sucede en el presente caso) en la puntuación otorgada a dos licitadores, con la particularidad de que dicho error no trae causa de ninguna contradicción del pliego sino de la naturaleza falible de quienes intervinieron en el procedimiento de contratación y de la complejidad propia de las ofertas de un contrato de este tipo. Queda por lo tanto disipada cualquier duda: es un error que debe ser subsanado.”*

Por tanto, ante la declaración de la entidad adjudicadora sobre la interpretación del criterio de selección que entiende adecuada, comprobado que dicha interpretación, realizada en ejercicio de la potestad discrecional de la que goza y conforme a los criterios hermenéuticos establecidos en el Código Civil, es razonada y razonable y reconocido el error cometido en la valoración, este Tribunal entiende que procede la

estimación parcial de la reclamación y la retroacción de actuaciones al momento de valoración de las ofertas por la Mesa de Contratación de forma que, de acuerdo con lo expresado en el cuerpo de este Acuerdo, se proceda a una nueva asignación de puntuaciones en aplicación de los criterios de selección recogidos en los apartados 1 y 5 de la cláusula 14ª del PCAP que rige la licitación. Esta retroacción se ajusta a los principios que rigen la licitación pública ya que en este procedimiento de selección no existe valoración de proposición económica posterior a la valoración de la proposición técnica.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 213.2 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Estimar parcialmente la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por doña A.J.D., en nombre y representación de “Distrivisual, S.L.”, frente a la Resolución 64/2017, de 10 de marzo, de la Directora General del Presupuesto, por la que se selecciona a las empresas como parte del *“Acuerdo Marco para la contratación de los servicios de limpieza de las diferentes oficinas del Departamento de Hacienda y Política Financiera y del Organismo Autónomo Hacienda Tributaria de Navarra durante el año 2017”*.

2º. Notificar este acuerdo a la reclamante, al Departamento de Hacienda y Política Financiera y a los demás interesados que figuren en la documentación del expediente, y acordar su publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, a 1 de junio de 2017. EL PRESIDENTE. Javier Martínez Eslava EL
VOCAL. Eduardo Jiménez Izu. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.